

MÁS ALLÁ DE LAS BAMBALINAS JURÍDICAS: MUJER Y DERECHO DE FAMILIA

Sixto SÁNCHEZ LORENZO
Universidad de Granada (España).

RUBIO CASTRO, Ana (ed.), *Los desafíos de la Familia Matrimonial (Estudio multidisciplinar en Derecho de Familia)*, Instituto Andaluz de la Mujer, Sevilla, 2000, 304 págs.

Una aproximación crítica al Derecho de familia puede realizarse cabalmente desde postulados feministas, porque, como señala Ana Rubio en su contribución, las aproximaciones feministas son las que se sitúan epistemológica y metodológicamente en una perspectiva de género. Sin duda alguna, los movimientos de liberación de la mujer son los que han aportado una perspectiva más progresista y crítica de la institución de la familia matrimonial, porque han sido las mujeres, como género, las víctimas de la historia jurídica de esta institución. En 1884, escribía Engels que “respecto al matrimonio, hasta la ley más progresista se da enteramente por satisfecha desde el momento en que los interesados han hecho inscribir formalmente su libre consentimiento. En cuanto a lo que pasa más allá de las bambalinas jurídicas, en la vida real, y a cómo se expresa ese consentimiento, no es cosa que pueda inquietar a la ley ni al legista”. Y yo creo que esta afirmación sigue siendo cierta en buena medida. El matrimonio es una institución jurídica en crisis, por muy diversas razones, tal vez jurídicamente inexplicable. En los últimos quinientos años, el matrimonio como modo de organización de la convivencia, anclado en un modelo ideológico confesional pero entroncado con el propio Derecho romano, ha servido al fin político último de la unidad jurídica de la familia sobre la base de la figura del paterfamilias. En la actualidad, establecido el principio de la igualdad de los hijos ante la ley y la posibilidad de la familia no matrimonial, el matrimonio persiste privado de su sentido original, pero con una estructura muy similar, y aún mantiene ciertos lastres del pasado: uno de ellos, a mi juicio, es el mito de la heterosexualidad, mantenido a machamartillo gracias a la invención de las uniones de hecho, en muchos casos, como el catalán, abordado a través de reglamentaciones que tras una fachada progresista contienen posturas conservadoras poco acordes a la realidad sociológica. Y muy vinculado a él, aparece una forma de organización de la convivencia que, pese a los logros formales, perpetúa a menudo con violencia la subyugación de la mujer al marido.

Pero aquí nos encontramos con siete mujeres a las que sí inquieta esa vida real a la que aludía Engels, siete investigadoras que, desde diversas ramas del saber jurídico —porque es evidente que se trata de un estudio pluridisciplinar—, nos presentan distintas perspectivas positivas, filosóficas, sociológicas e históricas que al hilo de cuestiones más o menos generales o puntuales, abordan críticamente los

“avances” legales de la familia matrimonial, que como el propio título sugiere es sólo una de las formas que actualmente admite la organización familiar.

Como no podía ser menos, el enfoque filosófico es el que preside la contribución de Ana Rubio, que se ha encargado asimismo de la introducción y del epílogo. Nos sitúa Ana a la familia matrimonial entre el dogma y el mito. En su trabajo hay una exposición esclarecedora del papel del denominado “contrato sexual”, previo al “contrato social”, y una lúcida demostración de cómo los postulados históricos de la modernidad y del liberalismo se asientan sobre la subordinación de la mujer a través de la negación de su subjetividad, dejándola fuera del debate sobre la justicia, con la complicidad de un Estado y un poder judicial que no interviene para favorecer un espacio de libertad inexistente. Resulta muy difícil resumir la riqueza de argumentos con que Ana Rubio defiende la construcción de la relación hombre-Derecho y la marginación de la mujer en la construcción de los postulados liberales. Encontrará el lector páginas exquisitas sobre la filosofía de un Jean Jacques Rousseau que más bien recuerda a Schopenhauer, reflexiones muy atinadas sobre la fuerza de la condición de “heterosexualidad” del matrimonio como condición indispensable para el mantenimiento de ese modelo, o comparaciones muy atinadas sobre el cínico doble juego del intervencionismo estatal, según se trate de recomponer las necesidades de la parte débil en las relaciones de mercado o en las relaciones familiares. Pero también hallará una propuesta constructiva, que atiende prudentemente a la realidad del desequilibrio negocial de las partes en el contrato matrimonial y que, admitiendo la necesidad de un grado de autorregulación no descuida la perentoriedad de unos principios mínimos impuestos que impidan los inconvenientes de que el desequilibrio de las partes convierta al negocio libre en un contrato de adhesión.

La perspectiva filosófica se enriquece con la perspectiva histórica que nos suministra Eva María Fernández Baquero en su trabajo sobre “La patria potestad en el Derecho romano”. Y es que, como la propia autora señala conocer tal realidad histórica, especialmente el Derecho de familia romano “es imprescindible para comprender el por qué hemos heredado algunas costumbres y modos de vida actuales. Por otro lado, nos situará en mejor disposición para saber hacia dónde queremos conducir a la familia en el siglo XXI”. En este trabajo encontrará el lector no sólo una exposición detallada y clara de la institución de la *patria potestas*, enmarcada en un Derecho de familia romano eminentemente patriarcal y hecho por y para los hombres, un estudio preciso de los modos de adquisición o extinción de la patria potestad, o una magnífica exposición acerca de los poderes del paterfamilias y sus límites, con unas páginas especialmente sugestivas acerca del *consilium domesticum*. El estudio prueba a las claras que también en un marco histórico más rígido como el romano, el Derecho de familia ha evolucionado constantemente en consonancia con la realidad social o política. En especial, es de destacar cómo la intervención pública aparece en momentos históricos en que, *mutatis mutandis*, el equilibrio que suponían las *mores maiorum* decaía, produciendo actos caprichosos, abusivos o injustos del paterfamilias, independientemente de que ocasionalmente, como en el mandato de Augusto, tal intervención pudiera responder a fines políticos coyuntu-

rales. En el fondo, hay una cierta coherencia entre esta explicación histórica del Derecho romano y la propuesta filosófica de Ana Rubio en torno al grado y motivo de la intervención estatal.

Milagros Sanz Pastor desciende al Derecho positivo para afrontar una institución paradigmática dentro del Derecho civil: “Las dificultades para destruir la presunción de paternidad del marido”. El estudio de Milagros resulta especialmente revelador; la normativa y sobre todo la práctica del Registro civil, en contra de su principio sacrosanto de respetar la veracidad de los hechos inscritos como corresponde a la fuerza probatoria de la inscripción, prefiere la falacia o la ficción indiscriminada a favor de la presunción de la paternidad matrimonial. Siendo el nuestro un sistema de igualdad de los hijos ante la ley, donde precisamente el carácter de la filiación matrimonial sólo se tiene en cuenta a efectos probatorios del vínculo (y aún así resulta muy criticable), esta práctica amparada en leyes defectuosas constituye un auténtico resabio del pasado, del papel del matrimonio como instrumento para la unidad jurídica de la familia sobre la figura del padre. La autora aporta sólidos argumentos para una propuesta interpretativa mucho más cabal de la regulación vigente, construida sobre la propia declaración de los afectados, combinada con la falta de posesión de estado de la filiación matrimonial.

Juana María Gil Ruiz aborda en su estudio otro aspecto candente, bajo un título revelador: “La maternidad: entre el bien jurídico y la enfermedad”. Aquí el Derecho positivo se combina con la reflexión filosófica y sociológica. Al legislador sólo parece importarle la maternidad como cuestión específica del “Derecho laboral”, más exactamente como una “irregularidad o enfermedad que el sistema productivo se ve obligado a corregir”. Reaparece en su estudio de nuevo el Rousseau-Schopenhauer, confirmando muchos de los planteamientos de Ana Rubio; se analiza no sin sarcasmo, en ocasiones, la situación real de desigualdad de la mujer en el acceso al mercado laboral y la falsedad de muchos tópicos y prejuicios sobre el coste económico del absentismo maternal. Pero, sobre todo, el lector hallará un repaso muy crítico de la reciente Ley 39/1999 para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, que reproduce algunos errores del pasado y contiene una reglamentación que acaba por identificar la maternidad con la enfermedad común o la incapacidad laboral, a veces penalizando semejante avatar (suspensión por riesgo).

La pluralidad cultural llega a la familia matrimonial de la mano de Mercedes Moya Escudero, al abordar el problema de la “Reagrupación familiar del trabajador extranjero”. En este capítulo, el análisis del Derecho de extranjería vigente, caracterizado asimismo por la feminización progresiva de los flujos migratorios, nos muestra una faz especialmente conservadora y poco atenta a la realidad multicultural. Mercedes Moya pone de relieve los diferentes regímenes de reagrupación que derivan de considerar múltiples variables (procedencia comunitaria o no del cónyuge, presencia de medios económicos, etc.). Analiza este derecho en el marco de los Tratados internacionales en materia de derechos humanos, nos proporciona un balance de la reglamentación comunitaria y de la eventual incidencia del Tratado de Amsterdam y, en especial, una minuciosa disección de la Ley de Extranjería

vigente que repasa problemas esenciales: matrimonios poligámicos, discriminación de las parejas de hecho, matrimonios de conveniencia, papel del permiso de trabajo y la exigencia de visados, trabas burocráticas en la intervención administrativa, etc., al tiempo que propone soluciones interpretativas y reformas legislativas muy atinadas.

Finalmente, María Durán i Ferrer y Margalida Capó i Picornell llevan a cabo un interesante trabajo de campo a partir de casi 150 sentencias de las Audiencias Provinciales andaluzas en procedimientos de separación. Su estudio alumbra una gran diversidad de criterios sobre la interpretación de las causas de separación, en especial del diverso rol que se le atribuye, como criterio autónomo, subsidiario, complementario o residual de la desaparición del afecto conyugal, y, en particular, demuestra una tendencia a reconducir la violencia doméstica a este concepto, privando del elemento de culpabilidad a la decisión, en perjuicio manifiesto de los derechos personales y patrimoniales de la mujer. Se estudian asimismo las decisiones sobre guarda y custodia de los menores, confirmando la tendencia a atribuirla a la mujer y se enfatiza la escasa incidencia de la propia violencia doméstica en una rara privación de la patria potestad. No se olvida el estudio del problema de la decisión de alimentos y las pensiones compensatorias, así como la compatibilidad entre ambas, desvelando la práctica acerca de los criterios para su asignación, cuantificación y temporalidad, que les permite desmitificar el extendido prejuicio de que estos procedimientos puedan ser utilizados por la mujer para beneficiarse de las prestaciones económicas en razón de los hijos atribuidos a su cuidado.

Espero que con la expresión de estas ideas haya podido colaborar, en alguna medida, a incitar a los lectores de estos *Anales* a su consulta. Finalmente, un libro es un arma para el cambio social y para el progreso. Estoy convencido que, como en muchos otros ámbitos, el conocimiento y el saber es el arma que acabará con la violencia de género, en todas sus manifestaciones, al igual que acabará con la violencia terrorista, con el nacionalismo, con el fascismo y con la explotación económica. La emancipación del ser humano en todos los órdenes, y la emancipación de la mujer en particular, la libertad en definitiva, se hará realidad cuando el conocimiento y la cultura, en un sentido amplio, se adueñe de todos los lugares, haciendo de la utopía realidad. Ése es nuestro desafío, y celebro como universitario la aportación de estas compañeras, y el acertado apoyo del Instituto Andaluz de la Mujer.